

## NOTA PRÉVIA

Margarida Lima Rego\*

Wesley Newcomb Hohfeld nasceu nos Estados Unidos, em 1879. Formou-se em direito na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, no ano de 1904. Na sua abreviada carreira académica destacam-se as sucessivas posições que ocupou na Universidade de Stanford e posteriormente na Universidade de Yale. Morreu, vítima de doença súbita, com trinta e oito anos de idade, no dia 21 de Outubro de 1918. Ocupava o lugar de Southmayd Professor of Law na Universidade de Yale.<sup>1</sup> Dada a sua curta vida, foi relativamente escassa a obra que deixou publicada, num total de oito artigos de revista.<sup>2</sup> Não obstante, o opúsculo que ora se publica constituiu, sem dúvida alguma, um dos mais valiosos e influentes contributos para a teoria analítica do direito (*analytical jurisprudence*) do séc. XX.

Este escrito foi inicialmente publicado sob a forma de um artigo de revista. A primeira parte foi publicada em 1913, a segunda em 1917, ambas no *Yale Law Journal*.<sup>3</sup> Hohfeld manifestara desde o início a intenção de publicar em momento oportuno uma versão alargada do artigo. A sua morte viria a impedi-lo de concluir o trabalho já desenvolvido nesse sentido. A obra acabaria por ser publicada em 1919, já a título póstumo, pela Yale University Press. A versão póstuma teve em conta algumas das correcções ainda feitas pelo próprio Autor, com introdução e edição de Walter W. Cook.<sup>4</sup> Desde então, foi objecto de sucessivas republicações, destacando-se um novo prefácio de Arthur L. Corbin, em 1964 e uma nova introdução de Nigel E. Simmonds, em 2001.

O valor da obra, em si mesma considerada, decorre, antes de mais, do rigor com que o autor dissecava as relações jurídicas entre sujeitos de direito, identificando e classificando os vários elementos de que se compõem e precisando o sentido exacto de cada um dos termos que utiliza para os designar, numa enérgica luta contra a nebulosidade e a

---

\* Nasceu em 1976. Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogada. Licenciada pela Faculdade de Direito de Lisboa. *Magister Juris* e *Master of Philosophy* pela Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. Leccionou a cadeira de Sistemas Jurídicos Comparados na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Escritos publicados em Direito Civil.

<sup>1</sup> Veja-se, para uma informação mais detalhada sobre a vida e obra de Hohfeld, K. Llewellyn, «Wesley Newcomb Hohfeld» (1918) 28 *Yale Law Journal*, pp. 166-168 e «Wesley Newcomb Hohfeld – Teacher» (1919) 28 *Yale Law Journal*, pp. 795-798; W.W. Cook, «Hohfeld's contributions to the science of law» (1919) 28, *Yale Law Journal*, pp. 721-738, também publicado em W.N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, New Haven, 1923; A. L. Corbin, «Foreword» in W. N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions*, New Haven, 1964; e N. E. Simmonds, «Introduction» in W. N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot, 2001.

<sup>2</sup> Cfr. as referências bibliográficas no final desta nota.

<sup>3</sup> (1913) 23 *Yale Law Journal* 16-59 e (1917) 26 *Yale Law Journal*, pp. 710-766.

<sup>4</sup> No texto, aparecem devidamente identificadas e entre parênteses rectos as poucas notas resultantes, não das correcções manuscritas de Hohfeld, mas da autoria de Cook.

indefinição, contra a fluidez camaleónica da terminologia jurídica reinante; mas decorre também da minúcia com que o autor abraça a tarefa de analisar toda uma multiplicidade de (bons e maus) exemplos do uso dos conceitos de que se ocupa, exemplos esses retirados maioritariamente da jurisprudência mas também da doutrina, e maioritariamente de produção contemporânea mas também de origem por vezes bastante anterior, chegando mesmo a examinar um ou outro trechos redigidos no chamado *Law French*, linguajar dos juristas ingleses utilizado entre a conquista normanda no séc. XII e meados do séc. XVII.

O interesse deste escrito ultrapassa largamente o seu valor intrínseco. Logo que apareceu, multiplicaram-se as reacções na literatura jurídica e jus-filosófica, quer positivas, quer negativas, funcionando a obra, desde então, como catalisador de algumas concepções alternativas, de variadas tentativas de desenvolvimento ou de aperfeiçoamento das suas propostas, e de um sem número de aplicações práticas dos seus conceitos, sobretudo – mas não só – por parte dos cultores da chamada teoria analítica do direito anglo-americana.<sup>5</sup> No mínimo, o estudo de Hohfeld nunca mais deixou de representar um ponto de referência obrigatório no panorama da teoria do direito privado. E ainda hoje diversos autores se posicionam intitulando-se a si e aos demais como «hohfeldianos» ou «não-hohfeldianos», constituindo o sistema hohfeldiano um ponto de partida para toda a sua investigação e escrita.<sup>6</sup>

Regressando ao texto que ora se publica: numa primeira parte, o autor apresenta uma tabela analítica de opostos e correlativos jurídicos composta pelo que entende serem os oito conceitos jurídicos fundamentais para a análise de todas as relações jurídicas:

---

<sup>5</sup> Cfr. J. W. Singer, «The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld» 1982 *Wisconsin Law Review*, pp. 975-1059. Para uma análise crítica do sistema hohfeldiano e uma discussão dos principais argumentos até à data aduzidos por alguns dos principais críticos do autor, veja-se A. Halpin, *Rights & law analysis & theory*, Oxford, 1997. Entre as poucas vozes críticas que se fizeram ouvir logo após a publicação da obra destacam-se as de R. Pound, «Legal rights» (1915) 26 *International Journal of Ethics*, pp. 92-116; e de A. Kocourek, «Rights in rem» (1920) 68 *Pennsylvania Law Review*, pp. 322-336; e «Tabulae minores jurisprudentiae» (1921) 30 *Yale Law Journal*, pp. 215-225. Veja-se ainda os contributos de A. L. Corbin, «Jural relations and their classification» (1921) 30 *Yale Law Journal*, pp. 226-238; M. Radin, «A restatement of Hohfeld» (1938) 51 *Harvard Law Review*, pp. 1141-1164; G. Williams, «The concept of legal liberty» (1956) 56 *Columbia Law Review*, pp. 1129-1150, também publicado in *Essays in legal philosophy*, R. Sumners (ed.), Oxford, 1968; H. L. A. Hart, «Legal rights» e «Legal powers», in *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory*, Oxford, 1982, pp. 162-193 e 194-219; A. White, «Rights and claims» (1982) 1 *Law and Philosophy* 315-336; e «Reply to Professor MacCormick» (1982) 1 *Law and Philosophy*, pp. 59-366; e N. MacCormick, «Rights, claims and remedies» (1982) 1 *Law and Philosophy*, pp. 337-357. Para um exemplo recente de um desenvolvimento moderno dos conceitos fundamentais de Hohfeld veja-se B. Brouwer e J. Hage, «Basic concepts of European Private Law» (2007) 15-1 *European Review of Private Law*, pp. 3-26. Veja-se ainda a análise de J. S. Brito, «The ways of public reason: comparative constitutional law and pragmatics» (1996) 9-2 *International Journal for the Semiotics of Law*, pp. 173-183.

<sup>6</sup> Veja-se, para um exemplo entre muitos, a recente obra de três hohfeldianos confessos: M. H. Kramer, N. E. Simmonds e H. Steiner, *A debate over rights – philosophical enquiries*, Oxford, 1998.

Opostos	direito	privilégio	poder	Imunidade
Jurídicos	não-direito	dever	impotência	Sujeição
Correlativos	direito	privilégio	poder	imunidade
Jurídicos	dever	Não-direito	sujeição	impotência

No original:

<i>Jural</i>	<i>right</i>	<i>privilege</i>	<i>power</i>	<i>immunity</i>
<i>Opposites</i>	<i>no-right</i>	<i>duty</i>	<i>disability</i>	<i>liability</i>
<i>Jural</i>	<i>right</i>	<i>privilege</i>	<i>power</i>	<i>immunity</i>
<i>Correlatives</i>	<i>duty</i>	<i>no-right</i>	<i>liability</i>	<i>disability</i>

Se dois conceitos se correlacionam – como, por exemplo, os conceitos de direito e de dever – a aplicabilidade de um implica a aplicabilidade do outro. O autor concebe o direito no sentido restrito de pretensão, juridicamente protegida, a uma conduta a que outrem esteja adstrito. Assim, neste par de correlativos, como em qualquer dos restantes três, a existência de um dos seus elementos na titularidade de um dos sujeitos da relação jurídica implica a existência do outro elemento na titularidade do outro sujeito da relação jurídica. Já se dois conceitos se opõem – como, por exemplo, os conceitos de privilégio e de dever –, a aplicabilidade de um implica a inaplicabilidade do outro. Quem tem o privilégio de praticar certo acto não tem o dever de não o praticar. A correlação verifica-se assim entre ambos os sujeitos de uma mesma relação, enquanto a oposição se encontra na esfera isolada de cada um dos sujeitos dessa relação. O que significa que, sendo activa a posição de um dado elemento, será também activa a do seu oposto, mas passiva a do seu correlativo. E vice-versa. É importante notar que, em todos os casos, o ponto de partida é a relação jurídica: o autor concebe todos estes elementos como conceitos estritamente relacionais.

A tradução para português da maioria destes termos não oferece grandes dúvidas. Dois dos termos escolhidos pedem, todavia, uma breve explicação. Para a tradução de *disability* houve que optar entre a expressão «não-poder» – já utilizada entre nós<sup>7</sup> – e o vocábulo «impotência» (ou mesmo «incompetência»). As três possibilidades estarão certamente correctas. Mas a última tem a desvantagem de tornar menos aparente o facto de se tratar do conceito oposto de poder. Resultou do esforço de tradução do escrito, na sua

<sup>7</sup> Cfr. M. G. Teles, «Direitos absolutos e relativos» in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 649-676, a pp. 652-653; e J. S. Brito, «A questão dos fundamentos da ética em Bentham e em Mill», artigo não publicado, sem local nem data, p. 7 (disponível em [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/JSB\\_MA\\_2237.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JSB_MA_2237.doc)).

totalidade, que em certos contextos a palavra «impotência» funcionaria melhor como elemento de uma frase do que a expressão «não-poder». Ao que acrescentaria a convicção pessoal de que a palavra «impotência» se posiciona de um modo mais imediato como um conceito distinto, embora aparentado, do de sujeição: recorrendo a uma metáfora, a impotência corresponderia a uma ausência de espada, a sujeição a uma ausência de escudo. No que respeita a esta última, julgo não haver dúvidas de que o termo *liability*, tal como o autor o concebe, se traduz pelo português «sujeição». Deverá, no entanto, ter-se em atenção que, noutros contextos, o mesmo termo corresponderá antes ao nosso «responsabilidade». Se o discurso do próprio autor não ofereceu neste domínio quaisquer problemas de tradução, o mesmo não poderá dizer-se de um ou outro dos trechos que cita, em que houve a nítida sensação de que a palavra «responsabilidade» seria porventura mais fiel ao uso que foi dado ao termo *liability* pelos respectivos autores. Por uma questão de coerência, na medida em que os trechos citados foram seleccionados precisamente enquanto exemplos de um uso terminológico que, de contrário, escaparia ao leitor, optou-se naturalmente por traduzir *liability*, mesmo nesses casos, por «sujeição».

Na segunda parte, o autor centra a sua atenção na análise da contraposição entre as relações *in rem* e as relações *in personam*, identificando as várias acepções em que as referidas expressões latinas são correntemente utilizadas e propondo para a que lhe parece mais correcta uma terminologia alternativa, designando os seus elementos, respectivamente – e exemplificando com aquele a que dedica maior atenção – direitos multitaís (*multital rights*) e direitos paucitaís (*paucital rights*). A razão de ser da nova terminologia proposta está no facto de, para o autor, as duas categorias de direitos se distinguirem segundo o critério do número de direitos, separados mas fundamentalmente semelhantes, em existência. Assim, os direitos multitaís serão aqueles que existem em quantidade muito elevada e indefinida, contra uma multiplicidade igualmente indefinida de pessoas, e os direitos paucitaís são aqueles de que existe um único exemplar, contra uma única pessoa, ou de que existe uma quantidade restrita e definida, contra um grupo igualmente restrito e definido de pessoas – o mesmo valendo, naturalmente, para cada um dos restantes sete elementos possíveis de uma relação jurídica.

Aqui a tradução das expressões inglesas também não ofereceu grandes dúvidas. Na raiz de semelhantes expressões estão os vocábulos latinos *multi* (muitos) e *pauci* (poucos). Tratando-se de neologismos no original, a escolha natural passou pelo recurso a neologismos de idêntica inspiração latina na respectiva tradução.

Outras opções de tradução poderão, todavia, ser alvo de maior controvérsia. Porque se tratava, antes de mais, de traduzir, para a língua portuguesa, um original escrito em língua inglesa, houve um esforço deliberado para evitar a facilidade de deixar em língua inglesa todos os vocábulos que já passaram de certo modo para o uso comum dos juristas de expressão portuguesa. Desde logo porque uma tradução é precisamente isso mesmo:

uma tradução. Não o tentar seria como deixar o trabalho a meio. Mas a opção foi também a consequência natural da convicção de que o aportuguesamento de certas expressões inglesas que já nos vamos habituando a ouvir no original, nem sempre com um total conhecimento de causa, poderá contribuir para uma melhor compreensão do seu significado, ou pelo menos para uma aproximação mais imediata ao seu conteúdo. Não foi alheia às opções tomadas uma certa preocupação didáctica relacionada com o facto de os principais destinatários da colecção em que esta publicação se insere serem estudantes universitários.

Assim se explica a decisão de traduzir para o português uma expressão inglesa de uso já tão enraizado no nosso quotidiano jurídico como é a expressão *common law* – que se traduziu por «direito comum». Não se ignora o uso distinto que a expressão já carrega em língua portuguesa. Julga-se, no entanto, compensar a desvantagem resultante de um certo potencial de confusão que assim se cria com as vantagens comunicacionais decorrentes da sua utilização.

O direito comum inglês retira a sua designação, e mesmo o próprio fundamento da sua legitimação, do facto de ser tido como o *ius communis* dos vários povos locais, aplicado de forma contínua desde tempos imemoriais, em lugar de resultar de um corte com a tradição, de corresponder a algo de imposto pelo invasor normando. Questão distinta seria a de saber se o era de facto. Em todo o caso, é importante reter que a mesma expressão é usada em pelo menos três acepções distintas na linguagem jurídica inglesa.

É usada numa primeira acepção, na qual se opõem os sistemas jurídicos de matriz anglo-americana, ditos de *common law*, e os sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, ditos de *civil law*. Não é esta a acepção que ora mais nos interessa. Numa segunda acepção, mais próxima da que nos interessa, a expressão *common law* opõe-se à expressão *statutory law*, correspondendo a primeira ao direito de fonte jurisprudencial e a última ao direito de fonte legal. A acepção em que a expressão é utilizada neste escrito é, todavia, uma terceira, que opõe o sistema normativo geral – de direito comum – ao sistema jurídico complementar que foi sendo criado para dar resposta ao excessivo formalismo e às múltiplas insuficiências do primeiro – o direito da equidade.<sup>8</sup> Também aqui se optou pela tradução da palavra *equity*. A escolha recaiu na expressão «direito da equidade», e não apenas no vocábulo «equidade», para colocar em evidência tratar-se desde há muito de um verdadeiro sistema normativo, e não já da suposta «justiça do caso concreto» que lhe esteve na origem e que explica a sua designação.

---

<sup>8</sup> São, por vezes, subtis as referências ao direito comum nesta terceira e última acepção. É frequente deparamo-nos simplesmente com o adjectivo *legal* – que em certos contextos se opõe a *equitable* e como tal se refere apenas ao sistema de direito comum nesta última acepção – ou mesmo com a expressão *at law* – que deve usar-se como o contraposto da expressão *in equity* também como uma referência exclusivamente ao sistema de direito comum – o mesmo já não se passando com a expressão mais ampla *in law*.

A consciência desta idiossincrasia dos ordenamentos jurídicos anglo-americanos é essencial à compreensão de vários dos exemplos de uso terminológico presentes ao longo do texto. O relacionamento entre os sistemas normativos de direito comum e de direito da equidade é mesmo um dos temas centrais em toda a obra de Hohfeld.<sup>9</sup>

Outro exemplo de um vocábulo de uso bastante disseminado na nossa língua é o da palavra *trust* – uma das principais criações do direito da equidade – que, desta feita sem grande inovação, se traduziu por «propriedade fiduciária». Para os sujeitos principais da relação de confiança reservou-se as expressões «proprietário fiduciário» – o *trustee* – e «beneficiário fiduciário» – o *cestui que trust* (a ortografia é algo fluida no que respeita a esta última expressão). Entendeu-se que a palavra «beneficiário» não seria, por si só, suficiente para transmitir o significado pretendido sempre que do contexto não se retirasse facilmente que a matéria em discussão seria a da propriedade fiduciária. Para o menos conhecido *use* reservou-se a expressão mais genérica «benefício fiduciário». É, todavia, importante notar que muitas vezes, sobretudo em escritos mais antigos, a palavra é usada como sinónimo de *trust*. Por fim, traduziu-se pela expressão «interesses protegidos pelo direito da equidade» a expressão inglesa ainda mais ampla *equitable interests*.

É importante ter em atenção que, ao longo do texto, a palavra *interest* – que se traduziu naturalmente por «interesse» – tem muitas vezes um significado específico do direito anglo-americano, na medida em que corresponde a um termo genérico para designar toda e qualquer posição jurídica activa de que um sujeito possa ser titular por referência a um dado bem jurídico.<sup>10</sup>

Outro vocábulo que se optou por traduzir, desta feita sem ter em atenção os usos até agora entre nós seguidos, foi o correspondente à figura, relativamente recente mas de utilização generalizada na vida prática, do *escrow*. Discorda-se da utilização da expressão «depósito fiduciário» que aparece por vezes na literatura jurídica de língua portuguesa, por não se estar em presença do especial elemento de fidúcia que caracteriza os negócios fiduciários. A expressão alternativa «depósito em garantia», muito utilizada na literatura espanhola e italiana, é susceptível de induzir o leitor em erro. A expressão escolhida – «depósito cautelar» – visa salientar a principal finalidade deste contrato, por meio do qual são entregues a terceiro independente bens ou valores que este, por sua vez, deverá entregar a outrem aquando da verificação de uma condição, tornando assim desnecessária, designadamente, a confiança recíproca das partes num contrato quanto ao cumprimento do que seriam as respectivas obrigações de entrega, não fora a existência do depósito.

---

<sup>9</sup> Cfr. as referências bibliográficas no final desta nota prévia.

<sup>10</sup> Veja-se, para um exemplo particularmente ilustrativo, a n. 30 da Segunda Parte.

Muitas vezes, sobretudo na tradução de alguns dos trechos mais antigos citados pelo autor para ilustrar as suas observações, e porque certas palavras são a expressão de realidades jurídicas inexistentes, nos mesmos moldes, em direito português, optou-se por sacrificar o rigor da tradução, que exigiria a substituição de um único vocábulo ou de uma curta expressão por uma longa explicação do seu significado preciso, seleccionando-se antes o conceito jurídico português mais aproximado, julga-se que sem grande perda para a compreensão do uso de que os respectivos trechos são exemplo, crendo-se que o propósito do autor na sua transcrição se mostra plenamente cumprido sem uma compreensão rigorosa do seu significado. Nos casos mais significativos optou-se por acrescentar à tradução, entre parênteses, o original inglês. Como exemplo temos uma citação de Blackstone: «Os direitos incorpóreos transmissíveis por morte (*hereditaments*) são principalmente de dez tipos: os direitos de nomear o ocupante de um lugar de clérigo deixado vago numa igreja (*advowsons*), os dízimos (*tithes*), os compáscuos (*commons*), as passagens (*ways*), os ofícios (*offices*), as dignidades (*dignities*), as franquias (*franchises*), os alimentos (*corodies*) ou as pensões (*pensions*), as anuidades (*annuities*) e as rendas (*rents*).»<sup>11</sup> Um caso houve em que faltou a ciência da tradutora e se optou, em resultado, por deixar as palavras em causa apenas no original. Trata-se de um excerto de uma obra do século XVI da autoria de John Rastell intitulada *Termes de la Ley*: «Os ‘privilégios’ são liberdades e franquias concedidas a um cargo, lugar, vila ou mansão por carta magna do Rei, por carta patente ou por lei do Parlamento, tais como os *toll*, *sake*, *socke*, *infangstheefe*, *outfangstheefe*, *turne*, ou *delfe*, e muitos outros do mesmo género».<sup>12</sup>

Por último, e especificamente no que respeita à tradução dos excertos de decisões jurisprudenciais, para fazer justiça ao estilo inglês muito próprio da sua apresentação, e em particular ao facto de cada juiz redigir o seu contributo na primeira pessoa e em nome individual, não obstante a existência, em cada caso, de um juiz relator que perfilha a posição que fez vencimento, optou-se pela expressão «parecer judicial» para a tradução do inglês *opinion*. Decidiu-se ainda traduzir os respectivos títulos. Por exemplo, a colorida expressão *Master of the Rolls* foi traduzida pela expressão, mais seca mas porventura entre nós mais informativa, «Juiz Presidente do Tribunal de Apelação».<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Retirada do texto junto à n. 19 da Primeira Parte.

<sup>12</sup> Retirada da n. 52 da Primeira Parte.

<sup>13</sup> Agradeço ao Pedro Múrias a leitura crítica desta tradução.

## BIBLIOGRAFIA DO AUTOR

1. «The nature of stockholders' individual liability for corporation debts» (1909) 9 *Columbia Law Review* 285.
2. «The individual liability of stockholders and the conflict of laws» (1909) 9 *Columbia Law Review* 492; (1910) 10 *Columbia Law Review* 283; (1910) 10 *Columbia Law Review* 520.
3. «The relations between equity and law» (1913) 11 *Michigan Law Review* 537.
4. «Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning» (1913) 23 *Yale Law Journal* 16; (1917) 26 *Yale Law Journal* 710.
5. «The need of remedial legislation in the California law of trusts and perpetuities» (1913) 1 *California Law Review* 305.
6. «A vital school of jurisprudence and law» [1914] *Proceedings of Association of American Law Schools for 1914* 76.
7. «Supplemental note on the conflict of equity and law» (1917) 26 *Yale Law Journal* 767.
8. «Faulty analysis in easement and license cases» (1917) 27 *Yale Law Journal* 66.

Nota: Todos estes artigos foram publicados sob a forma de livro em W. N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, New Haven, 1923.